

La Prestación imposible

Por: JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Emérito

Resumen: La prestación imposible es tratada en el código civil peruano en sus artículos 1319 y 1318, al prescribir que el deudor no sólo no es culpable si la prestación resulta imposible por caso fortuito y fuerza mayor, sino también cuando la prestación resulta imposible sin que se le pueda atribuir culpa alguna. Desarrolla sus puntos de vista recurriendo a los antecedentes legales, a la jurisprudencia nacional y extranjera y al Derecho comparado.

1.— *Concepto.*— En nuestro cód. civ. hay dos preceptos que regulan el caso en que el deudor no obstante que no paga la prestación que debe, no es responsable. Uno de dichos preceptos lo encontramos en todos los códigos civiles; es el art. 1319, que declara:

“El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación”.

La fuente de este precepto es el art. 1058 del cód. civ. del Brasil. Pero hay disposiciones similares en el art. 1148 del cód. civ. francés; en el art. 513 del cód. civ. argentino; en el art. 1105 del cód. civ. español; en el art. 1547, § II del cód. civ. chileno.

El otro precepto está en el art. 1318 del cód. civ. peruano, que dice:

“La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

APARICIO y G. S. (1) señala como fuente de este precepto el art. 888 del cód. civ. argentino, que declara:

“La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”.

(1) En Cód. Civ., concordancias, t. XIII, ed. Taller de Linotipia, Lima, 1943, p. 313.

Anotemos desde ahora que la frase "llega a ser" significa que la imposibilidad no preexiste, sino que sobreviene.

Pero también debe tenerse en cuenta, por la notable doctrina que lo interpreta, el § 275 del BGB (cód. civ. alemán), por el que el deudor quedará liberado de su obligación cuando la prestación se haga imposible por consecuencia de una circunstancia sobrevinida después del nacimiento de la relación obligatoria. Adviértase desde ya que se trata de una imposibilidad que ocurre después y no antes de que nazca la obligación. Asimismo, debe tenerse presente que el 2º párrafo del § 275 tiene una traducción defectuosa en el Cód. Civ alemán traducido por don Carlos MELON INFANTE.

Procede entonces beber en la fuente de los juristas germanos, respecto a la obligación imposible a que se refiere nuestro art. 1318.

No basta que el deudor haya causado daños y perjuicios, sino que el deudor sea culpable. Sin culpa no existe obligación de indemnizar. Y no sólo no hay obligación de indemnizar en el campo contractual, sin culpa. La culpa está referida a la conducta; al comportamiento.

El daño no sólo no debe deberse a caso fortuito o fuerza mayor, sino que aún no existiendo el *casus* no hay culpa.

Empero, esto sólo ocurre en la responsabilidad derivada del contrato, porque hay responsabilidad objetiva, o responsabilidad sin culpa en los actos ilícitos. La regla debería ser en esta área, de que todo daño debe ser reparado.

En lo penal, si no existe responsabilidad sin culpa, salvo la aberración del art. 87 de nuestro cód. penal, ya que no existe punición si no hay culpa.

De otro lado, es evidente que para el vigente cód. civ. del Perú, la responsabilidad del deudor de la prestación no existe en dos casos:

Uno si la imposibilidad sobreviniente se ha producido sin culpa del deudor; y

Otro si existe caso fortuito o fuerza mayor que impidieran también el pago.

La no culpabilidad del deudor no se presume. Por tanto, deberá éste probar su inculpabilidad. Basta el no pago de la obligación para presumir con presunción relativa, la culpa del deudor.

Examinemos seguidamente la doctrina alemana sobre prestación imposible, pero teniendo presente que no sólo el caso for-

tuito y la fuerza mayor liberan de responsabilidad al deudor, sino también cuando la prestación resultó de imposible cumplimiento pese a que el deudor observó la diligencia que pone en sus propios asuntos, o sea que no incurrió en culpa.

No obstante lo rica y aprovechable que resulta la doctrina de ENNECERUS-LEHMANN, HEDEMANN y LARENZ, existen hipótesis del derecho alemán, sobre responsabilidad del deudor en los contratos bilaterales (con obligaciones recíprocas), que nos resultan sumamente extrañas, sobre todo en lo que respecta a la indemnización de daños, en la que su monto se determina con la teoría del trueque o con la teoría de la diferencia.

Vemos, pues, que nuestro C.C. contiene dos disposiciones que liberan de responsabilidad al deudor. Una es su ausencia de culpa, que puede darse por caso fortuito y fuerza mayor, o porque la imposibilidad sobrevino no por el *casus* sino pese a que el deudor observó la diligencia exigible en sus propios negocios y aún la prudencia de todo "*pater familias*".

Lo nuevo para nosotros es este concepto de la imposibilidad de la prestación que va más allá del caso fortuito y de la fuerza mayor.

OLAECHEA (2) no nos dice por qué instala los dos artículos 1318 y 1319, sobre imposibilidad de la obligación y sobre caso fortuito y fuerza mayor. A lo más, escribe "El título noveno se ocupa de la imposibilidad del pago. No define la fuerza mayor, ni el caso fortuito. Hay en ambas nociones una cuestión de grado que sólo el juez puede apreciar...".

Adviértase que el tenor del art. 1318 hace inferir que la imposibilidad de la prestación no es anterior al nacimiento de la obligación, sino posterior, cuando a la letra dice "La obligación se extingue cuando la prestación *llega a ser imposible* sin culpa del deudor". Llegar a ser significa que sobreviene la imposibilidad; y no que es imposible desde y aún antes de crear la obligación cuya prestación resultará imposible.

Insistimos: El precepto 1318 del vigente Código Civil no estaba en el Código Civil de 1852.

Es evidente, asimismo, que el egregio OLAECHEA no explica el por qué incluyó el artículo 1318, sobre imposibilidad sin culpa para pagar la prestación. Comprobaremos que esa incorporación era necesaria y el genio de OLAECHEA la hizo porque consi-

(2) Véase APARICIO y G.S., y Cód. Civ. Concord., t. III, Lima, 1942, Taller de Linotipia, p. 425.

deró que en esta materia indemnizatoria debía apartarse del derecho francés, demasiado riguroso.

En CALLE Juan José (3) encontramos lo que expresó OLAECHEA, sobre este precepto.

“El plan preliminar de la Sección Tercera del Libro de las obligaciones incluyó un título sobre la imposibilidad del pago y tres títulos más, sobre la culpa, el caso fortuito y los daños y perjuicios”.

“La materia de la imposibilidad del pago se vincula tan estrechamente con la culpa, el caso fortuito y los daños y perjuicios, que modificando aquel plan preliminar me decido ahora a mantener el Título sobre la imposibilidad del pago, pero incorporando en dicho Título todo lo relativo a la culpa, el caso fortuito y los daños y perjuicios cuyos Títulos independientes quedan por tanto suprimidos”.

En un mismo título agrupa OLAECHEA la imposibilidad del pago y la inejecución de las obligaciones. Y dice que el caso fortuito y la fuerza mayor los asimila desde el punto de vista de sus efectos jurídicos. Por tanto, la liberación del deudor se produce no sólo si prueba el *casus*, sino si prueba su no culpa.

En substancia, el maestro OLAECHEA instaló al lado del art. 1319 del C.C., que libera de responsabilidad al deudor, por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito y de la fuerza mayor, el art. 1318, que dispone que la obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible *sin culpa* del deudor; y esa extinción de la obligación no genera responsabilidad para el deudor, pese a que no existe caso fortuito o fuerza mayor, sino pura y simplemente, ausencia de culpa en dicho deudor. Es claro que también existirá ausencia de culpa en el deudor si existiere caso fortuito o fuerza mayor; pero aún faltando estos eventos, si el deudor no obstante la diligencia que puso para cumplir con la obligación, dicho cumplimiento no fue posible, queda liberado de responsabilidad.

Asimismo, el deudor responde de los daños y perjuicios porque se debe a su culpa (negligencia) que la prestación resulte imposible de cumplir. No sólo puede existir negligencia sino dolo contractual, que se contrapone a la culpa extra-contractual, y dolo extracontractual; ésta es la responsabilidad aquiliana.

(3) Código Civil de Perú anotado con las modificaciones que contendrá el proyecto de nuevo Código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora, Lib. e Imprenta Gil, Lima, 1929, p. 744 y s.

La culpa (*negligentia*) es la falta de cuidado en el deudor cuya conducta o comportamiento le impide cumplir con la prestación.

Por consiguiente, con la inclusión del art. 1318, sobre obligación imposible, en el Perú no sólo se exime de responsabilidad el deudor por el caso fortuito y la fuerza mayor, sino también si la imposibilidad de la prestación ocurre sin culpa de dicho deudor, o sea si el deudor prueba que procedió con la diligencia exigible en el tráfico (como un *bonus pater familias*); y pese a ello la prestación resultó imposible de ser cumplida.

Ahora, sigamos adelante:

La prestación deberá *tornarse imposible* después y no antes de nacida la obligación que la contiene.

En las obligaciones de no hacer el art. 1188 de nuestro cód. civ. se pone en el caso de que la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor y declara que la obligación queda extinguida.

También dentro de las obligaciones de no hacer, el art. 1190 decide que si es imposible destruir lo que se hubiese hecho contraviniendo la obligación, el acreedor tiene derecho a pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado. Y en este caso, es indiferente que hubiere culpa o no en el deudor. Ciertamente, aquí hay *dolus*, porque el deudor conociendo que debe la obligación de no hacer, sin embargo, hace.

En las obligaciones alternativas el art. 1196 § 1º del cód. civ. prevé que todas las prestaciones resultaren imposibles por culpa del que las debe. Por consiguiente, puede concebirse la imposibilidad sin culpa del deudor.

En las obligaciones de hacer que resulten imposibles sin culpa del deudor, quedan éstas extinguidas y el deudor deberá devolver lo que hubiere recibido por ejecutar la prestación de hacer que resultara imposible.

Todas éstas son aplicaciones de la regla general contenida en el art. 1318 cód. civ. peruano.

Tratándose del depósito necesario en los hoteles y posadas, sólo se liberan de responsabilidad los hoteleros y posaderos, por la pérdida o daños en los efectos de los viajeros, si ocurren por fuerza mayor, o se deben a los mismos viajeros, o a las personas de su séquito, o a sus visitantes: art. 1625 C.C. En el BGB su art. 701 es el equivalente de nuestro art. 1625; y libera al posadero de indemnizar al viajante no sólo si el daño se produce por fuerza mayor, sino por causa de éste, o por un compañero del

mismo, o por persona que él ha admitido consigo, o por la naturaleza de las cosas.

En nuestro derecho caso fortuito y fuerza mayor no difieren. Son hechos imprevisibles, insuperables y permanentes.

Veamos ahora la doctrina del caso fortuito y de la fuerza mayor, en la doctrina germana.

Es importante anotar que en el BGB, se responde por dolo y culpa. Así:

§ 276.— “El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico. Se aplican las disposiciones de los parágrafos 827 y 828”.

“La responsabilidad a causa del dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor”.

Esta es la regla de carácter general, equivalente al art. 1320 del C. C. del Perú, pero éste contiene el defecto de agregar la mora porque no hay mora *inculcata*; y, sobre todo, la frase final del art. 1320 es errónea.

La imposibilidad de la prestación puede deberse a dolo o culpa, en cuyo caso el deudor deberá la indemnización de daños y perjuicios.

El § 276 cita los §§ 827 y 828 del BGB, que se encuentran dentro de los actos ilícitos, y que liberan de responsabilidad al que cometió el daño en estado de inconsciencia o de perturbación enfermiza de la aptitud mental que excluya la libre determinación de la voluntad; o a aquel que todavía no ha cumplido los siete años de edad; o a aquel que habiendo cumplido los 7 años de edad pero no los dieciocho, carece del discernimiento indispensable para darse cuenta de la responsabilidad; o a quien es sordomudo.

No sólo no hay responsabilidad si no se ha cometido dolo o culpa, sino si se prueba el *casus*.

Asimismo, se responde de toda negligencia, sea lata o leve, pero como anota LARENZ (4), para saber cuál es la diligencia exigible debe tenerse en cuenta el caso concreto. Así, a elevado riesgo se exige elevada atención, como ocurre al manejar automóvil, o la conservación de una línea de alta tensión, o en el paso a nivel. No se puede precisar en cada caso, las medidas

(4) Derecho de Obligaciones, t. I, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, § 19, p. 289.

a adoptar. El mismo criterio informa al art. 1322 de nuestro cód. civ.

Para Heinrich LEHMANN (5) el caso fortuito no debe equivaler a los acontecimientos naturales, sino que se encuentra en contraposición con la conducta culpable del deudor, a quien puede hacérsele responsable de un acontecimiento. Para el deudor existe caso fortuito en todo lo que no se adecúa a la conducta que ha de observar para cumplir la prestación. Y pone este ejemplo: si el caballo que ya ha sido vendido se lesiona por culpa leve del propio vendedor, pero esa lesión del caballo ocurre cuando el comprador se encuentra en mora, tal lesión culpable evidentemente se considerará que ocurrió por caso fortuito; y ello obedece a que si el acreedor se encuentra en mora (de recibir), el deudor no responderá de la prestación por culpa leve, sino por culpa grave, según el § 300, I del BGB.

Anota LEHMANN que sólo por excepción se impone la responsabilidad por caso fortuito. Así, § 456 HGB (cód. de comercio alemán). Dice, asimismo, que cuando por excepción, la ley determina que el deudor deba responder del caso por fortuito, se exceptúan aquellos casos que se presentan como fuerza mayor y cita en su apoyo el § 701 del BGB; el § 454 del HGB (cód. de comercio); el § 11 de la ley de correos; y el § 1 de la ley de responsabilidad civil. El § 701 del BGB establece la responsabilidad del posadero por las cosas que introduzcan los huéspedes en la posada; pero libera de responsabilidad a dicho posadero, si los daños en las cosas de los viajeros se producen, entre otras causas, por fuerza mayor. En nuestro cód. civ. el art. 1625 regula también la responsabilidad del posadero por los daños en las cosas de los viajeros, pero lo exime también de responsabilidad, entre otras razones, si los daños sobrevienen por robo a mano armada, "o que sean ocasionados por otros sucesos de fuerza mayor" (textual).

Conforme a la teoría subjetiva, la fuerza mayor es hecho que no puede evitarse ni empleando una diligencia llevada hasta el extremo. Y según la teoría objetiva se trata de hecho originado fuera del círculo de explotación de la empresa, cuyos efectos perjudiciales son inevitables aunque se adopten las precauciones que racionalmente son recomendables. Es acontecimiento de origen ajeno a la explotación; que es externo e inevitable y que no

(5) *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte general, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1956, § 42, I, p. 502 s.

guarda relación con los riesgos usuales en la explotación (6). Cita LEHMANN que se exculpa al deudor por descuidar un plazo.

Es importante hacer notar que Karl LARENZ no estudia al caso fortuito y a la fuerza mayor como causas de imposibilidad de la prestación, sin responsabilidad de quien la debe. De caso fortuito habla LARENZ (7) cuando trata del lugar de la prestación (lugar de cumplimiento), ya que es en ese lugar en donde deberá examinarse si la obligación se cumplió en tiempo oportuno y cuáles son las consecuencias cuando la cosa que debe entregarse perece por caso fortuito o fuerza mayor. Es evidente que el caso fortuito o la fuerza mayor podrían no haber sobrevenido en el lugar señalado para el cumplimiento de la obligación. También se refiere este autor al caso fortuito (8) cuando trata del derecho de resolución de un contrato si el objeto recibido perece por caso fortuito y cita el § 350 del BGB, que declara: "La resolución no se excluye por la circunstancia de que el objeto que haya recibido el titular haya perecido por caso fortuito". Adviértase que verificada la tradición del objeto al acreedor, se pierde dicho objeto por caso fortuito y procede la rescisión. Por el contrario, el derecho de resolución quedará excluido si el contratante es culpable del perecimiento o deterioro del objeto. Lo dice el § 351 del BGB. En lo que respecta a la fuerza mayor, LARENZ (9) pone como ejemplo de fuerza mayor

(6) Trot. de D. Civ., vol. I, § 42, II, 1 y 2, p. 503 y s.

En los §§ 203, II y 1, 996, I, 1 del BGB. Así, en la prestación de la administración de justicia. Véase nuestro cód. civ., art. 1157, inc. 59. En el § 1966 BGBG se tiene en cuenta que el heredero no pudo realizar el inventario en tiempo oportuno, por causa de fuerza mayor.

BGB 203.— "La prescripción se suspende en tanto que el titular, por una cesación de la administración de justicia dentro de los 6 últimos meses del plazo de prescripción, se vea entorpecido en la persecución de su derecho".

"Lo mismo vale si semejante entorpecimiento es ocasionado de otra forma por fuerza mayor".

BGB 1966.— "Si el heredero ha sido impedido por fuerza mayor de realizar el inventario en tiempo oportuno o de solicitar el alargamiento del plazo de inventario justificado por las circunstancias, el tribunal del caudal relicto, a petición suya, ha de señalarle un nuevo plazo de inventario. Lo mismo vale si el heredero, sin culpa suya, no ha obtenido conocimiento de la notificación del acuerdo por el cual ha sido señalado el plazo del inventario".

BGB 300.— Durante la mora del acreedor el deudor sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave".

"Si es debida una cosa determinada sólo según el género, el riesgo pasa al acreedor en el momento en que incurre en mora por la circunstancia de que no acepta la cosa ofrecida".

(7) Derecho de Obligaciones, t. I, § 17, IV, a), p. 257.

(8) D. de Obligaciones, t. I, § 25, III, c), p. 396.

(9) D. de Obligaciones, t. I, § 22, III, b), p. 343.

la paralización del tráfico o de la industria a consecuencia de una guerra. También habla de fuerza mayor en la mora del acreedor; la habrá si han desaparecido las bases objetivas del negocio y ello se puede considerar como caso de fuerza mayor (10).

El deudor responde de cualquier circunstancia que hace definitivamente imposible la prestación, siempre que esa circunstancia se deba a su dolo o a su culpa: BGB § 276.

El deudor también responderá por el dolo o la culpa en que incurra su representante legal o las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. El § 278 del BGB previene: "El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No se aplica la disposición del párrafo 276, párrafo 2º", o sea que el deudor no responde del dolo de su representante legal o de aquellos de los que se sirve.

Deberá el deudor los daños causados por el incumplimiento: § 280 BGB.

Si la prestación incumplida es divisible por lo que ha llegado a ser parcialmente imposible, es evidente que se debe la parte parcialmente posible, salvo que el cumplimiento parcial no tenga ya interés para el acreedor (11).

No obstante que el deudor quiere cumplir parcialmente, el acreedor renuncia a la parte aún posible y reclama la indemnización de daños por el incumplimiento total.

Basta que no se hubiera verificado el pago para que se presuma con presunción relativa, que la imposibilidad se debe a

(10) D. de Obligaciones, t. I. § 24, III, c), p. 381.

BGB § 350.— "La resolución no se excluye por la circunstancia de que el objeto que haya recibido el titular haya perecido por caso fortuito".

Es la rescisión del art. 1341 de nro. C.C.

(11) En el cód. civ. peruano no existe esta hipótesis dentro las obligaciones divisibles. Empero, si la hay para los casos de mora del deudor: art. 1257.— "Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de daños y perjuicios".

BGB § 276.— "El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico. Se aplican las disposiciones de los §§ 827 y 828".

"La responsabilidad a causa del dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor".

BGB § 280.— "Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el no cumplimiento".

BGB § 282.— "Si es litigioso el hecho de si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, la carga de la prueba corresponde a éste".

culpa del deudor, según el § 282 del BGB. De ello resulta que el deudor responde de la imposibilidad no sólo si se prueba su culpa, sino también si él no consigue probar que no es culpable. Lo mismo ocurre en nuestro derecho.

En el BGB sólo existirá responsabilidad por la culpa lata y no por la culpa leve, en el donante: § 521; en el comodante: § 599; en el que encuentra un objeto: § 968; en todo deudor si su acreedor se encuentra en mora: § 300, párr. 1.

La culpa lata es la culpa grave; es también la culpa inexcusable. El RG (12) germano considera la culpa lata cuando la diligencia exigible ha sido infringida "en medida desusadamente grande". La responsabilidad del deudor se fija teniendo en cuenta la diligencia que acostumbra emplear en sus propios negocios.

También el gestor de negocios responde sólo de la culpa lata: § 680 BGB. En nuestro cód. el gestor responde hasta del caso fortuito en ciertas hipótesis relacionadas en el art. 1660.

Para ENNECCERUS-LEHMANN (13) lo imposible en una prestación, literalmente hablando, se da cuando dicha prestación no puede cumplirse por nadie, en sentido absoluto. Ej.: prestación de dar una cosa pericada. Y si la prestación es en sí posible, pero el deudor no se halla en situación de realizarla, el BGB considera que existe ineptitud del deudor para la prestación.

Es de anotar que los doctrinadores alemanes ejemplifican como prestaciones que devienen imposibles, aquellas, que resultan así por el caso fortuito o la fuerza mayor, salvo otros casos en que la imposibilidad de la prestación se presenta no obstante que el deudor ha observado la diligencia y cuidado que se adopta en el tráfico, a tal punto que no se le puede atribuir al deudor ninguna falta.

(12) El Tribunal del Reich.

BGB § 521.— "El donante sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave".

BGB § 300.— "Durante la mora del acreedor el deudor sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave".

"Si es debida una cosa determinada sólo según el género, el riesgo pasa al acreedor en el momento en que incurre en mora por la circunstancia que no acepta la cosa ofrecida".

BGB § 968.— "El hallador sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave".

BGB § 680.— "Si la gestión de negocios se propone el apartamiento de un riesgo inminente que amenaza al señor del negocio, el gestor sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave".

BGB § 599.— "El comodante ha de responder solamente del dolo y de la culpa grave".

(13) D. de oblig., vol. I, t. II del Trat., § 29 (§253), I, p. 154.

Si como dispone el art. 1328 del C.C., los contratos deberán ejecutarse según las reglas de la buena fe; y la ejecución de todo contrato supone que el deudor está cumpliendo con pagar la prestación de la obligación que asumió, porque no otra cosa significa ejecutar un contrato, resulta de toda evidencia que al ejecutar la prestación en que consiste la obligación que debe, procederá de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Por tanto, el art. 1328 de nuestro C.C. se identifica con el § 242 BGB en cuanto esta disposición declara que "el deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico". Sin embargo, este dispositivo del cód. civ. germano, es más amplio ya que el art. 1328 del C.C. del Perú, sólo se referiría a las obligaciones contractuales que deban ejecutarse y no a todo género de obligaciones; así, las obligaciones emergentes de la ley.

Con respecto a los contratos tan sólo, el BGB contiene el § 157, que dice: "Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico".

Sin embargo, en nuestro C.C., el art. II, al prohibir los pactos que violan leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, está indirectamente refiriéndose a la buena fe de los pactantes.

Veamos la imposibilidad de la prestación antes del nacimiento de la obligación: "*Impossibilium nulla est obligatio*".

El contrato es nulo en este caso.

La imposibilidad puede ser natural, o basarse en una regla de derecho. Es nula, por ejemplo, la promesa de venta de una cosa que no existe, o de una cosa inalienable. Existe nulidad radical, por tener objeto ilícito el contrato: art. 1123, inc. 2º del C.C..

Si al perfeccionarse el contrato una de las partes supiera o debiera saber que la prestación es imposible, responderá a la otra parte del daño que ésta sufriera por confiar en la validez del contrato. Y se responde del interés negativo o interés de la confianza en el derecho alemán. Empero, no existe responsabilidad por esa negligencia si la otra parte sabía o tenía que saber también de esa imposibilidad: § 207, párr. I BGB.

Este ensayo no se refiere a la imposibilidad preexistente, sino a la imposibilidad sobreviniente de la prestación.

El § 306 BGB reza: "Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo".

Se trata de prestación originaria *objetivamente* imposible.

Pero en el § 275, II BGB el deudor queda libre por una imposibilidad "subjetiva" del deudor sobrevinida con posterioridad.

Trataríase de una imposibilidad preexistente en el § 306 BGB y; sobreviniente en el § 275 del mismo BGB. Un caso particular contiene nuestro C.C. en su art. 1390: "Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcionada al precio que se fijó por el todo".

Quien al concluir un contrato conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, debe indemnizar el daño que hubiere sufrido la otra parte, en caso de que esta parte no hubiere conocido ni podido conocer dicha imposibilidad y hubiere confiado en la validez de dicho contrato, previene el § 307 BGB (14).

Este es el daño que los juristas germanos conocen como el "daño derivado de la confianza" o "interés negativo," por el cual sólo se indemniza hasta donde llegue el *quantum* del interés que tiene el que sufrió el daño, porque no era eficaz el contrato. Es el interés que se tiene en que el contrato se cumpla y que debe resarcirse a la parte contratante que confió, en la validez del contrato.

La misma solución se da en el supuesto de que un contrato sea nulo por infringir una prohibición legal, como previene el § 134 BGB, y uno de los contratantes tuvo conocimiento o debió conocer dicha prohibición. Así lo dispone el § 309 BGB.

El ejemplo que sobre esto da LARENZ (15) es el siguiente:

A está negociando con B la venta de un cuadro famoso, pero antes de celebrar la venta, sabe que su casa y el cuadro que estaba en ella, se destruyeron por un incendio. Nada le dice al comprador sobre el siniestro y concluyen el contrato de compra-

(14) BGB § 307.— "Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato. No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad".

"Estas disposiciones se aplican oportunamente si la prestación sólo es imposible en parte y el contrato es válido en relación a la parte posible, o si es imposible una de entre varias prestaciones prometidas para elegir".

(15) D. de ob., I, § 7, II, p. 106.

BGB § 309.— "Si un contrato va contra una prohibición legal, se aplican oportunamente las disposiciones de los parágrafos 307 y 308".

BGB § 134.— "Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la ley".

venta del cuadro que ya no existe y recibe a cuenta del precio cierta suma. Además *B* alquila un auto y se dirige a retirar el cuadro. El contrato de venta es nulo porque la cosa que se vendió ya no existía (véase art. 1390 C.C. del Perú), o sea que la prestación es objetivamente imposible. *A* deberá reparar a *B* los daños derivados de la confianza, o sea que le debe indemnizar a *B* para restablecer la situación en que se hallaría *B* si no hubiere celebrado dicho contrato de enajenación. Deberá entonces, devolverle la cantidad recibida a cuenta del precio y el gasto que hiciera por el infructuoso viaje en auto. *A* no deberá indemnizar una suma mayor al aumento que hubiere tenido el patrimonio de *B* si el contrato no hubiere sido nulo. Se trata sólo de pagar "el interés positivo".

En este caso, se repara el daño no derivado de un contrato, porque dicho contrato es nulo, sino que la indemnización se apoya en que *A* ha vulnerado la buena fe. *A* ha defraudado la confianza que *B* había depositado en él, razón por la que debe responder de este abuso de confianza.

La culpa al concluir el contrato puede existir si una parte se expresa con tal confusión que provoca un equívoco en la otra parte (error).

La culpa antes o al celebrar el contrato es la *culpa in contrahendo*.

Toda esta digresión no corresponde al tema central, que es el de la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de una prestación que resulta imposible después del perfeccionamiento del contrato.

La nulidad de los contratos que contienen prestaciones imposibles desde antes de su perfeccionamiento, se basa según ENNECCERUS-LEHMANN (16), en que la ley no puede admitir obligaciones que ambas partes no habrían contraído de haber conocido la imposibilidad; y en que, además, falta la razón para que nazca la obligación de indemnizar. La prestación que se debe no se extingue por resultar imposible, sino porque esa imposibilidad no se debe a culpa del deudor. Este nada debe porque no ha obrado culposamente. Sin embargo, se puede prometer una prestación, asumiendo el deudor la garantía de que dicha prestación se hará; en este caso el contrato no es nulo y el deudor sería responsable no de la prestación imposible, sino que deberá

(16) ENNECCERUS-LEHMANN, D. de oblig., II, vol. I, § 29, I), 6), tex. y n. 17 de la p. 158.

al acreedor el "interés de cumplimiento". Se comprueba, empero, que en el BGB no existe ninguna disposición que declare la nulidad del contrato que contiene una prestación originariamente imposible, o sea que es anteriormente imposible al contrato que la contiene.

Existen legados que consisten en prestaciones imposibles. En el derecho sucesorio existe la "*regula Catoniana*", por la que el testamento sería nulo no *in integrum*, si un legado contenía una prestación imposible al tiempo de otorgarse el testamento, aunque fuere posible dicha prestación, a la muerte del testador: L. 1 pr. D. de reg. Cat. 34. 7. Se exceptuaban de esta nulidad a los legados condicionales. En el BGB hay el § 2,171 que declara:

"Es ineficaz un legado que está dirigido a una prestación imposible al tiempo de la muerte del causante, o que infringe una prohibición legal existente en este tiempo. Se aplican oportunamente las disposiciones del parágrafo 308" (17).

Esta solución debe observarse en nuestro derecho

Es también evidente que en nuestro C.C. existen preceptos en los que no basta que no hubiere culpa en el deudor, sino que debe existir para liberarlo, el caso fortuito o la fuerza mayor; y otras disposiciones en que se responde aun del caso fortuito. El poseedor de mala fe responde, según el art. 840, de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito; su mala fe determina su culpabilidad. En realidad, ya es culpable porque posee cosa que sabe que es de otro.

El art. 1660 hace responder al gestor del caso fortuito y con mayor razón si no hubo culpa de su parte, en los casos que señala, varios de los cuales denotan culpa del gestor.

La responsabilidad del depositario cesa si la cosa ha perecido no sin culpa del depositario, sino por caso fortuito: apartado 2º del art. 1618, que parece establecer diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito.

El art. 1625 determina que constituye fuerza mayor el robo a mano armada.

(17) ENNECERUS-LEHMANN, D. de Oblig., II, I, § 29, I, 6, tex. y n. 16 de la p. 158.

BGB § 308.— "La imposibilidad de la prestación no obsta a la validez del contrato, si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación se haga posible".

"Si es prometida una prestación imposible bajo otra condición suspensiva o bajo señalamiento de un término inicial, es válido el contrato si la imposibilidad desaparece antes del cumplimiento de la condición o del término".

Según el art. 1638, § 2º, responde el mandatario del caso fortuito si designa sustituto sin que el mandante le hubiere otorgado dicha facultad.

El comodatario responde del caso fortuito en los supuestos previstos en los arts. 1590-1596 de nuestro C.C.

En el mutuo de cosas muebles que no son dinero, dichas cosas se pierden para su dueño y éste es el mutuuario. Pero siendo dueño tiene que devolver cosas del mismo género, o el valor que dichas cosas tuvieren en el tiempo y lugar señalados para el pago: art. 1579 C.C.

En caso de mora *debitoris* el deudor responde del caso fortuito: art. 1256 C.C. del Perú.

En caso de incendio de la finca locada el inquilino responde salvo que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción: art. 1518 C.C. El incendio no es *casus*. No libera sino en pocos casos.

ENNECERUS-LEHMANN (18), en cuanto a carga de la prueba, expresan que quien alega haberse liberado por la imposibilidad subsiguiente de la prestación que a él le respecta, tiene que probar que la imposibilidad no le es imputable: § 282 BGB. El deudor acreditará por qué la prestación se hizo imposible. Advierten estos autores que como el deudor no responde de los daños no comprobados como culposos, le basta probar que ha cumplido con la diligencia exigible en el tráfico con todos los deberes que le incumben.

Así lo expresa el RGE en un fallo.

Lo práctico es demandar la prestación debida y si el deudor alega la imposibilidad sin probar que esa imposibilidad no le es imputable, el acreedor elige entre pedir la indemnización del daño o el *commodum*, o la resolución si el contrato es bilateral (19).

Con respecto a la carga de la prueba de la imposibilidad de la prestación por culpa del deudor, Karl LARENZ (20) hace saber que si el acreedor reclama indemnización de daños por incumplimiento, porque la prestación resultó imposible de cumplir por el deudor a causa de una circunstancia de la que él mismo habrá de responder, corre a cargo del acreedor probar la imposibilidad en caso de que dicha imposibilidad sea negada por el deudor. Asimismo, si consta la imposibilidad, existe presunción

(18) D. de oblig., vol. I, t. II, § 50, I, 1), n. 1 de la p. 255.

(19) ENNECERUS-LEHMANN, D. de oblig. vol. I, t. II, § 50, I, 5), p. 258.

(20) Derecho de Obligaciones, t. I, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 21, I, p. 326.

a favor del acreedor de que dicha imposibilidad se ha producido por culpa del deudor. Es la misma doctrina que existe en nuestro derecho (art. 1326 del cód. civ. del Perú). LARENZ cita en su apoyo el § 282 del BGB. Debido a un error de traducción se hace decir a LARENZ que el acreedor debe probar la imposibilidad de la prestación por culpa del deudor. Para nosotros, procesalmente bastaría la afirmación del acreedor de que no se ha cumplido y correrá a cargo del deudor acreditar que la pagó; y esto mismo debe ocurrir en el derecho germano. La presunción de culpa del deudor, puede obviamente ser destruída por éste, con buena prueba. Si no prueba las circunstancias eximentes queda en pie que hubo en él culpa. Por tanto, aún no siendo culpable, si no consigue acreditarlo responde. LARENZ más adelante insiste en la necesidad de que el acreedor demuestre la imposibilidad, o sea que no se ha pagado la prestación. Es claro que el acreedor deberá acreditar la existencia de la obligación con título bastante; y nada más.

§ 282 BGB:— “Si es litigioso el hecho de si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, la carga de la prueba corresponde a éste”.

Ante este texto del BGB es el deudor el obligado a probar que no existe culpa en él.

En cuanto a la responsabilidad del deudor por la conducta de su representante legal o de sus auxiliares, ENNECCERUS-LEHMANN (21) dicen que la culpa de éstos le es imputable al deudor, por lo dispuesto en el § 278 BGB, como si se tratara de la propia culpa del deudor. La misma solución la tiene nuestro derecho civil y comercial.

En la ley civil el art. 1144 declara “Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irrogue”, que está instalado dentro de los actos ilícitos, pero cuya doctrina es analógicamente extensible”.

HEDEMANN (22) al referirse al pago de la prestación de cosas genéricas, expresa que habrá “imposibilidad” no sólo en caso de perecimiento de todo el género, sino cuando se pretende exigirle al deudor que para que cumpla, adquiera los restantes ejemplares del género que hayan llegado a ser raros y que, por lo

(21) D. de Oblig., vol. I, t. II, § 44, I, 1), p. 232.

BGB § 278.— “El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia, de la culpa de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No aplica la disposición del parágrafo 276, párr. 2º”.

(22) D. de oblig., III, § 20, 2), p. 169.

mismo, tengan un precio realmente prohibitivo. Hace notar que el deudor de cosas genéricas goza de mayor libertad porque puede elegir dentro del género, aunque con limitaciones en cuanto a la calidad: § 243, párr. I, BGB. Pero soporta el deudor de cosas genéricas un mayor riesgo, porque tiene que reemplazar la cosa dentro del género, si éste continúa existiendo (23).

Toda persona es responsable de su solvencia. Es por este principio que el deudor responde de su obligación dineraria, que es genérica. El deudor responde mientras sea posible objetivamente, obtener las cosas genéricas. El § 279 BGB dice: "Si el objeto debido está determinado sólo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder de su imposibilidad a la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna".

Nuestro C.C. contiene la misma doctrina en el art. 1188.

La obligación se extingue cuando la prestación en que consiste le es pagada al acreedor.

Para ENNECERUS-LEHMANN (24) la imposibilidad posterior de la prestación no imputable al deudor, sea dicha imposibilidad objetiva o subjetiva, lo libera: § 275, párr. I y II, cuya traducción del párr. II es ininteligible. Empero, dicen que el deudor no se libera si ha prometido procurar al acreedor una cosa, o sea emplear sus medios para procurarse dicha cosa, si la imposibilidad consiste en que al deudor le faltan los medios pecuniarios necesarios a fin de procurarle al acreedor la prestación debida. Si la imposibilidad no culposa consiste en una causa que no guarda relación con la falta de medios pecuniarios, como por ejemplo, le roban al deudor, (sin culpa de éste), la cuba de la que debía sólo 10 botellas; o si el deudor, por imposibilidad del transporte, no puede pagar a tiempo la prestación que sólo es posible hacerla dentro de determinado plazo, es evidente que el deudor queda liberado.

Asimismo, ENNECERUS-LEHMANN (25) informan que la dificultad extraordinaria es imposibilidad liberatoria según el §

(23) HEDEMANN, D. de Oblig., § 7, II, a) y b), p. 86.

BGB § 243.— "Quien debe una cosa determinada sólo según el género, habrá de entregar una cosa de clase y calidad media".

Si el deudor ha hecho lo necesario por su parte para la prestación de una tal cosa, la relación obligatoria se limita a esta cosa".

(24) D. de oblig., vol. I, t. II, § 46, 1), p. 240.

(25) La traducción a nuestro juicio, del párr. II del § 275 es: "A una imposibilidad objetiva sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad subjetiva del deudor para la prestación sobrevenida con posterioridad".

242 BGB (sobre que el deudor debe cumplir la prestación de buena fe), si en el tráfico la dificultad extraordinaria se equipara a la imposibilidad, razón por la que no puede exigirse del deudor que venza esa dificultad, ya que la prestación sería exorbitante. Además, estos autores dicen que la dificultad extraordinaria no nos lleva a una liberación automática del deudor, aun contra su voluntad, sino que el deudor elegirá entre cumplir su prestación y exigir la contra-prestación, o liberarse de su prestación probando la excesiva dificultad y resolviendo el contrato bajo ciertos requisitos.

ENNECCERUS-LEHMANN dan este ejemplo extraído de la jurisprudencia del *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*: un vendedor de determinada clase de harina molida sólo por un molino mediante un procedimiento secreto, no entrega y se libera si se quema el molino, pese a que esa harina existe en poder de anteriores compradores; pero cumplir esa prestación importaría una dificultad tan grande, que se equipara a la imposibilidad (26), ya que su costo es considerable a causa de su rareza, ya que no se elabora más.

La más moderna traducción del § 275 del BGB es ésta:

“El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no ha de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria”. (Este parágrafo no obstante que habla de “obligación a la prestación”, es inteligible) (27).

“A una imposibilidad sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad del deudor para la prestación sobrevenida con posterioridad”.

Ha sido con la ayuda del distinguido abogado doctor Carlos A. Pásara, quien tiene la suerte inmensa de saber alemán, que se determinó el sentido de la disposición, cuya traducción según MELON INFANTE es esta:

BGB § 275.— “El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no ha de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria”.

“A una imposibilidad sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad del deudor para la prestación sobrevenida con posterioridad”.

BGB § 242.— “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”.

(26) D. de oblig.: vol. I, t. II, § 46, n. 6 de la p. 241.

BGB § 243.— “Quien debe una cosa determinada sólo según el género, ha de entregar una cosa de clase y calidad media”.

“Si el deudor ha hecho lo necesario por su parte para la prestación de una tal cosa, la relación obligatoria se limita a esta cosa”.

(27) En el apéndice del Tratado de D. Civ. de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, que contiene el cód. civ. alemán, cuya edición es de 1955.

Ningún esfuerzo mental, por lo menos, mío me da la solución de este apartado II del § 275.

Veamos, empero, una antigua traducción (también plagada de errores en la traslación), que da esta versión del § 275:

“El deudor quedará liberado de su obligación cuando la prestación se haga imposible por consecuencia de una circunstancia sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria y de que él no es responsable”.

“Se equiparará al caso de imposibilidad mencionado aquel en que el deudor se incapacite ulteriormente para hacer la prestación”.

No obstante su antigüedad, esta frase del ap. 2º es menos difícil de aprehender que la primera parte del 275 (28), pero presumimos que esta traducción es también errónea.

Sobre este párrafo II del § 275 BGB, Karl LARENZ (29) dice que en el párrafo I se trata de responsabilidad del deudor originaria (aunque el texto del precepto declara la irresponsabilidad del deudor por alguna circunstancia de que no ha de responder “ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria”), y que en el ap. II se ha equiparado la imposibilidad posterior del deudor (imposibilidad objetiva, ciertamente), para realizar la prestación (para pagarla), a la imposibilidad subjetiva del deudor (propia de él, inherente a él. Recuérdese que la prestación será objetivamente imposible, cuando según la apreciación del tráfico es prácticamente irrealizable (no pagable), para cualquier deudor.

(Continuará)

(28) En el texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán, publicado por el Centro Editorial Góngora, Madrid, 1897.

(29) Derecho de Obligaciones, tomo I, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 20, I, a), p. 301.

